



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Technologie (AI & blockchain) en ESG; de Europese benadering van de digitaliseringstransitie: deel III

Wuisman, I.S.

Citation

Wuisman, I. S. (2023). Technologie (AI & blockchain) en ESG; de Europese benadering van de digitaliseringstransitie: deel III. *Ondernemingsrecht*, 2023(10/11), 449-457. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3728373>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3728373>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Technologie (AI & blockchain) en ESG; de Europese benadering van de digitaliseringstransitie – Deel III

Ondernemingsrecht 2023/65

In Deel I² en Deel II³ van dit drieluik heb ik aandacht besteed aan de uitdagingen van technologie en ESG voor ondernemingen en de bespreking van (een deel van) het in dat kader relevante digitale wetgevingskader. In dit deel staat recente (voorgestelde) duurzaamheidswetgeving centraal in het licht van de digitaliseringstransitie. Zowel bij de CSRD als de voorgestelde CSDDD zou meer oog moeten zijn voor digitalisering. Duurzaamheidswetgeving wordt onvoldoende gepresenteerd als een ondersteunend instrument voor de uitdagingen die de digitaliseringstransitie met zich brengt. Dat is echter wel van belang omdat aandacht hiervoor ondernemingen kan aanzetten om bij hun aanpak van duurzaam ondernemen een rechtstreeks verband te leggen met hun digitaliseringsactiviteiten. Dit geldt voor zowel de positieve impact als de negatieve impact. Hoewel de toepasselijkheid van duurzaamheidswetgeving en die van data- en AI-wetgeving verschilt, is afstemming geen overbodige luxe. Het due-diligence-proces uit de CSDDD beslaat een groot deel van de verplichtingen uit de AI Act. Goede afstemming dient bijvoorbeeld plaats te vinden bij de door de EC op te stellen richtlijnen in het kader van risicoassessment en -beheersing op grond van de CSDDD alsook op grond van de AI Act. Aandacht voor betekenisvol stakeholderengagement bij AI-toepassingen is gewenst. Daarnaast zal gepaste zorgvuldigheid in AI-waardeketens nog wel tot wat uitdagingen leiden. Het is de vraag hoe dit zich gaat uitkristalliseren. Technologie biedt bij de CSRD kansen in het kader van het digitaal markeren van de duurzaamheidsdata. Maar ook daar geldt dat de verwerking en het gebruik van deze ESG-data in AI-toepassingen weer kan leiden tot een negatieve impact. Het is dus zaak dat de twin transitions, *inter-TWIN-ed* aangevlogen (blijven) worden.

1. Inleiding

In het kader van duurzaamheid zijn de CSRD⁴ en het Voorstel CSDDD⁵ belangrijke wetgevingsontwikkelingen. Zij kunnen beschouwd worden als een tweetrapsrakiet. Vergaande ESG-rapportageverplichtingen zorgen voor de vereiste transparantie waar een brede groep van 'gebruikers' van deze ESG-informatie beslissingen en acties op kunnen baseren. Deze groep bestaat uit gebruikers voor wie de informatie relevant is in het kader van het nemen van financiële beslissingen, zoals investeerders en leveranciers,⁶ en uit andere gebruikers, zoals zakelijke partners, vakbonden, sociale partners, ngo's, overheden, analisten en academici.⁷ Maar in aanvulling op het informeren van deze gebruikers zorgen de rapportageverplichtingen ook voor waardevolle informatie op basis waarvan de onderneming zelf beslissingen kan, en mogelijk straks als het een CSDDD-onderneming betreft, moet nemen. De informatie over de materiële impact die een onderneming op basis van de CSRD dient te publiceren, fungeert namelijk als input voor de uitvoering van de zorgplicht om feitelijke en potentiële negatieve effecten van de onderneming en haar waardeketen te voorkomen en te mitigeren op grond van het voorstel voor de CSDDD.⁸ Ik bespreek eerst de CSRD en daarna de voorgestelde CSDDD tegen de achtergrond van de digitaliseringstransitie en hoe zij zich daartoe verhouden.

2. CSRD en technologie

Aangezien er al veel geschreven is over de CSRD,⁹ bespreek ik de structuur van deze nieuwe wetgeving niet opnieuw,

1 Prof. mr. drs. I.S. (Iris) Wuisman is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden, partner bij ACE Management Consulting en redacteur van dit tijdschrift. Dit onderzoek is onderdeel van het Society Artificial Intelligence and Life Sciences (SAILS)-project van de Universiteit Leiden. Het onderzoek is afgesloten op 26 juni 2023.

2 Ondernemingsrecht 2023/54.

3 Ondernemingsrecht 2023/64.

4 Corporate Sustainability Reporting Directive (Richtlijn (EU) 2022/2464, *PbEU* L 322/15, 16 december 2022 (hierna: 'CSRD').

5 European Commission (2022), 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/937, COM(2022) 71 final, 23 februari 2022 (hierna: 'Voorstel CSDDD').

6 Dit zijn de *primary users of general-purpose financial reporting*: draft Delegated Act, ERS1, paragraaf 22; https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13765-European-sustainability-reporting-standards-first-set_en. Zie de toelichting bij de CSRD, p. 2-4 en 9-11 en overweging 8 CSRD.

7 Draft Delegated Act, ERS1, paragraaf 22. Zie ook de definitie van stakeholders in Annex II: Acronyms and glossary of terms, p. 27.

8 Zie artikel 6 Voorstel CSDDD.

9 Zie onder andere: L.J.M. Baks, J.B.S. Hijink & S. Rietveld (2021), 'Duurzaamheidsverslaggeving in een hogere versnelling. Laveren tussen wereldwijde convergentie en 'Europe first'', *Ondernemingsrecht* 2021/34, p. 205-215, L.K. van Dijk & J.B.S. Hijink (2022), 'Finalisering van de Europese CSRD: een mijlpaal voor duurzaamheidsverslaggeving met grote impact op het ondernemingsrecht vanaf 2025', *Ondernemingsrecht* 2022/87, p. 617-628, E.V.A. Eijkelenboom (2022), 'European Sustainability Reporting Standards: Een overzicht van Europese duurzaamheidsrapportageverplichtingen', *TvOB* 2022-5, p. 155-159, en L.K. van Dijk & J.B.S. Hijink (2023), 'Europese Commissie consulteert Europese standaarden voor duurzaamheidsverslaggeving ("ESRS") – bijstelling van ambities onder het mom van lastenverlichting', *Ondernemingsrecht* 2023/70, p. 490-494.

maar besteed ik met name aandacht aan de vraag hoe technologie hierin verweven is. Digitale technologieën worden besproken als hulpmiddel om de ESG-rapportage drastisch te verbeteren,¹⁰ maar niet meer dan dat. Dit zal waarschijnlijk komen door het feit dat de impact van technologie (en hoe daar (verantwoordelijk) mee om te gaan), verweven zit in de 'E', de 'S' en de 'G'. Toch is ook hier een ontwikkeling waar te nemen dat er steeds meer expliciete aandacht komt voor de verwevenheid van de twin transitions. Dat is terug te zien in de '*basis for conclusions*' (een door EFRAG¹¹ gegeven toelichting op het door haar opgestelde concept van de ESRS-standaarden) die in maart 2023 is gepubliceerd, waarin bijvoorbeeld wordt vermeld dat er steeds meer aandacht uitgaat naar de ICT-sector, verantwoordelijk voor zo'n 5-9% van het wereldwijde energieverbruik en meer dan 2% van alle uitstoot.¹²

De CSRD benadrukt dat bij de ontwikkeling van de ESRS-standaarden rekening gehouden dient te worden met internationale principes en raamwerken zoals onder andere de UN Sustainable Development Goals, de UN Guiding Principles on Business and Human Rights, de OECD Guidelines for Multinational Enterprises, etc. Standaarden op het gebied van technologie zoals de Ethics Guidelines for Trustworthy AI van de door de EC ingestelde High-Level Expert Group on Artificial Intelligence,¹³ de UNESCO Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence¹⁴ of de OECD Recommendation of the Council on Artificial Intelligence¹⁵ staan niet in het rijtje. Dat komt waarschijnlijk doordat de eerstgenoemde standaarden meer algemeen van aard zijn en de standaarden die te maken hebben met AI thematisch zijn. Maar toch, gelet op de aandacht voor de digitale transitie en de beginselen die in de laatstgenoemde standaarden zijn opgenomen in combinatie met de impact die AI kan hebben, zou het in de rede liggen deze ergens te benoemen. Betekenisvol rapporteren over de effecten van technologie en de normerende werking die van deze rapportage uitgaat, is een belangrijke stap naar een duurzame bedrijfsvoering. Net als dat ESG-rapportage als middel wordt gezien voor het behalen van de klimaatdoelstellingen, zou het voorstel ook gepresenteerd kunnen worden om de doelstellingen op het gebied van betrouwbare en duurzame technologie te ondersteunen. Bij datagedreven ondernemingen waar kunstmatige intelligentie geïntegreerd is in de kernpro-

cessen of bij bedrijven die AI-producten verkopen of AI in de dienstverlening gebruiken, zal deze technologie kunnen leiden tot materialiteit van potentiële of werkelijke impact (het perspectief 'van binnen naar buiten').¹⁶ Dat geldt overigens ook voor AI-systemen die op basis van het Voorstel AI Act¹⁷ (en de Compromistekst¹⁸ en de EP-tekst¹⁹) niet als HRAIS²⁰ kwalificeren. Hierbij is het overigens interessant dat de definitie van significante risico's die in de EP-tekst in het kader van de AI Act gebruikt wordt voor de toets om vast te stellen of er sprake is van een HRAIS niet overeenkomt met de criteria voor het vaststellen van materialiteit van potentiële en werkelijke negatieve impact onder de CSRD. Elementen zoals de heftigheid van de impact (*scale*) en de reikwijdte van de impact (*scope*) die onder de CSRD samen met de mate van onomkeerbaarheid van de impact, de ernst (*severity*) van de impact bepalen, lijken in de AI Act in andere bewoordingen naast 'ernst' te worden geplaatst. Ook is de onomkeerbaarheid geen expliciet onderdeel van de definitie en wordt *likelihood* aangeduid met *probability*. Het zou goed zijn als verduidelijkt wordt of het inderdaad de bedoeling is dat er een verschil wordt nagestreefd waarbij uitleg wordt gegeven. Zo niet, dan zou de terminologie moeten worden afgestemd. De impact op mensen en het klimaat en milieu kan overigens vervolgens invloed hebben op de prestatie, positie en ontwikkeling van de onderneming (het perspectief 'van buiten naar binnen').²¹ Effecten van technologie hadden wat explicieter naar voren kunnen komen in de *topical*-standaarden bijvoorbeeld in het kader van werkomstandigheden.²² Zo

¹⁰ CSRD, p. 2, 8 en overweging 48.

¹¹ EFRAG (European Financial Reporting Advisory Group) is een particuliere organisatie die het voorbereidend werk heeft verricht en aanbevelingen geeft ten aanzien van de Europese niet-financiële verslaggevingsstandaarden (de ESRS: European Sustainability Reporting Standards).

¹² EFRAG (2023), 'Draft ESRS E1 – Climate Change, Basis for conclusions', BC66.

¹³ High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (2019), 'Ethics Guidelines for Trustworthy AI'; https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60419.

¹⁴ UNESCO (2021), 'Recommendation on the ethics of artificial intelligence'; <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455>.

¹⁵ OECD (2022), 'Recommendation of the Council on Artificial Intelligence'; <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

¹⁶ Draft Delegated Act, ESRS1, paragraaf 43 t/m 46.

¹⁷ Europese Commissie (2021), 'Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende Artificiële Intelligentie (Wet op de Artificiële Intelligentie) en tot wijziging van bepaalde wetgevingshandelingen van de Unie', COM(2021)206 final, 21 april 2021 (hierna: 'Voorstel AI Act').

¹⁸ Europese Raad (2022), 'Compromis text AI Act', van 25 november 2022, aangenomen op 6 december 2022, 14954/22;

<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/nl/pdf>.

¹⁹ European Parliament (2023), 'Artificial Intelligence Act: Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD))', P9_TA(2023)0236;

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html (hierna: 'EP-tekst AI Act').

²⁰ Hoog risico AI-systemen. Zie hiervoor Deel II, *Ondernemingsrecht* 2023/64, paragraaf 2.3.3.

²¹ Zie voor uitleg over de dubbele materialiteit: European Financial Reporting Advisory Group – Project Task Force on European Sustainability Reporting Standards (2022), 'PTF-ESRS Batch 1 working papers – Cover note and next steps', Appendix 2.6 ESRS 1 [Draft] European Sustainability Reporting Guidelines 1 Double materiality conceptual guidelines for standard-setting; <https://www.efrag.org/Assets/Download?assetUrl=/sites/webpublishing/SiteAssets/Cover%20note%20for%20Batch%201%20WPs.pdf>. Zie ook L.J.M. Baks, J.B.S. Hijink & S. Rietveld (2021), 'Duurzaamheidsverslaggeving in een hogere versnelling. Laveren tussen wereldwijde convergentie en 'Europe first'', *Ondernemingsrecht* 2021/34, p. 205-215.

²² Dit geldt voor zowel de eigen werknemers als de werknemers/werkers in de waardeketen: Draft Delegated Act ESRS S1 en S2, zie onder 'objective'. De werkomstandigheden die hierin genoemd worden dienen, in de materialiteitsbeoordeling te worden opgenomen (zie application requirement AR 2 in appendix B bij S1).

kan het gebruik van algoritmische besluitvorming grote impact hebben op hoe deze werkomstandigheden worden ervaren, en dit zal in de toekomst waarschijnlijk alleen maar toenemen. Een andere manier om technologie een belangrijkere plek te geven is door de impact daarvan te gebruiken in voorbeelden zoals deze in de toepassingsvereisten (*application requirements*) naar voren worden gebracht.

2.1 Digitale rapportage van ESG-informatie

Een belangrijke doelstelling van de CSRD is het bevorderen van de vergelijkbaarheid van duurzaamheidsinformatie. Volgens de CSRD verwachten gebruikers van duurzaamheidsinformatie steeds vaker dat deze informatie vindbaar, vergelijkbaar en machineleesbaar is in digitale formaten.²³ Dit betekent dat ondernemingen ook het managementverslag dienen op te stellen in lijn met het European Single Electronic Format ('ESEF') en de idee is dat dit wordt ondersteund door een European Single Access Point waar deze verslagen verzameld worden.²⁴ Er zal een digitale taxonomie worden opgesteld die door ondernemingen gebruikt dient te worden om de duurzaamheidsinformatie digitaal te markeren ('ESRS-taxonomie').²⁵ Hiervoor zal de eXtensible Business Reporting Language ('XBRL'), een open-data-standaard worden gebruikt. Daarnaast zal EFRAG getagde verslagen ter illustratie ter beschikking stellen. De draftversie van de taxonomie zou in mei 2023 beschikbaar worden gesteld, maar EFRAG heeft vertraging opgelopen. Nadat de draftversie eerst nog ter consultatie wordt voorgelegd, is de planning dat de finale versie eind september 2023 gereed is.²⁶ ESMA zal een concept-RTS²⁷ opstellen met uitleg over de wijze waarop ondernemingen de ESRS-taxonomie dienen toe te passen. De verwachting is dat de ESEF-XBRL waarin de ESRS-taxonomie wordt opgenomen, gereed is in Q2 2024.²⁸ De laatste stap is dat de Europese Commissie de RTS aanneemt. Het is de verantwoordelijkheid van ondernemingen zelf om de duurzaamheidsinformatie te taggen en de betekenis van de gepresenteerde informatie te duiden in de markup-taal met gebruik van de ESRS-taxonomie. Deze kan eventueel worden aangevuld met additionele definities die bijvoorbeeld zijn opgesteld door een alternatieve *standard-setter* of de onderneming zelf vanwege de entiteitspecifieke rapporta-

ges. Elektronisch rapporteren is echter niet nieuw, omdat rapportage van financiële informatie al voorzien wordt van een markup door uitgevende instellingen in de EU.²⁹ Het verschil tussen deze informatie en duurzaamheidsinformatie is dat de laatste meer narratieve informatie bevat (tekst in plaats van getallen, zo'n 70%), waarbij verschillende delen van de tekst informatie geven over bepaalde vragen of onderwerpen. XBRL maakt het echter mogelijk om gebruik te maken van '*nested tagging*', zodat binnen een bepaalde tag ook een andere tag kan worden aangebracht. Daarnaast wordt rekening gehouden met het feit dat een bepaalde rapportageverplichting naast verticale niveaus ook horizontaal te onderscheiden informatie bevat.

2.2 Uitdagingen bij analyse van ESG-data

Deze nieuwe bron van data voor ESG-analyse lijkt aan de ene kant veelbelovend omdat het als het ware de private vorm van de Europese 'opendata-gedachte' behelst. Aan de andere kant is de werking ervan volledig afhankelijk van de data die ter beschikking worden gesteld door de ondernemingen zelf en wat er vervolgens mee gedaan wordt. Hier zijn twee ontwikkelingen van belang. De eerste ontwikkeling betreft het feit dat er verschillen kunnen bestaan in de interpretatie van de ESG-data. Dit hangt samen met de vraag of digitaal labelen niet gaat leiden tot een situatie waarbij appels en peren worden vergeleken. Bij kwantificeerbare data zal de vergelijking over het algemeen goed verlopen als het gaat om CSRD-ondernemingen.³⁰ Maar bij de narratieve delen is dit vergelijken al een stukje lastiger, en dit betreft, zoals gezegd, een groot deel van de te rapporteren informatie. Daarnaast is er geen universele overeenstemming over duurzaamheidstermen zodat, indien CSRD-verslagen worden vergeleken met verslagen die op basis van andere standaarden zijn opgesteld, het mogelijk is dat die standaarden uitgaan van net een andere invulling van de duurzaamheidsconcepten. Ook worden er verschillende methodieken en standaarden gebruikt om duurzaamheidsdata te meten. Door deze data dezelfde tag te geven voor vergelijkingsdoeleinden lijkt het alsof deze hetzelfde zijn, maar in werkelijkheid is dat niet zo. Toch is bij de ontwikkeling van de standaarden veel aandacht geweest voor de afstemming tussen bij-

23 Overweging 55 CSRD.

24 [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2021/0378\(COD\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2021/0378(COD)&l=en).

25 Artikel 29 quinquies CSRD. Naast de ESRS-taxonomie heeft EFRAG ook het mandaat gekregen om de taxonomie voor artikel 8 EU Taxonomy op te stellen. Deze twee zullen gecombineerd worden in de 'Sustainability Reporting (SR) XBRL Taxonomy': zie punt 5 van de EFRAG (2023), 'Draft ESRS XBRL Taxonomy Methodology and Architecture Issues Paper', Issue Paper 04-02, EFRAG SRB 26 april 2023; <https://efrag.org/Assets/Download?assetUrl=/sites/webpublishing/Meeting%20Documents/2302240950097339/04.02%20-%20Draft%20ESRS%20XBRL%20Taxonomy%20Architecture%20and%20Methodology%20%28final%29.pdf>.

26 EFRAG Issue Paper 04-02, paragraaf 3.

27 Regulatory Technical Standards.

28 Presentatie van Eduardo Moral-Prieto (senior policy officer bij ESMA) tijdens het webinar on digital corporate reporting van Accountancy Europe; <https://www.youtube.com/watch?v=gC3opRIF2AM>.

29 Richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2004 betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereglementeerde markt zijn toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG, *PbEU* L 390/38, 31 december 2004. Gedelegeerde verordening (EU) 2019/815 van de Commissie van 17 december 2018 tot aanvulling van Richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad met technische reguleringsnormen voor de specificatie van een uniform elektronisch verslagleggingsformaat, *PbEU* L 143/1, 29 mei 2019. Zie voor meer informatie: <https://www.esma.europa.eu/issuers-disclosure/electronic-reporting>.

30 Hoewel het gebruik van verschillende proxies ook voor een vertoebeld beeld kan zorgen.

voorbeeld de ESRS, S1 en S2 van de ISSB³¹ en de standaarden van de GRI³² en hoopt men zodoende de verschillen te beperken. Dan rijst wel nog de vraag hoe de Europese digitale taxonomiearchitectuur zich gaat verhouden tot internationale initiatieven op dit vlak. In verband met de uitdagingen voor afstemming tussen de digitale taxonomieën heeft XBRL International, de organisatie die XBRL heeft ontwikkeld, een Digital Sustainability Disclosure Special Interest Group³³ opgericht. Hopelijk leidt dit tot een situatie waarin gedegen vergelijkingen mogelijk worden gemaakt. Daarnaast bestaat het voornoemde vergelijkingsprobleem natuurlijk ook als er geen sprake is van digitaal labelen maar van een 'handmatige' vergelijking. Het effect is waarschijnlijk alleen wel verschillend omdat bij digitaal labelen op veel grotere schaal en gemakkelijker vergelijkingen kunnen worden gemaakt. Bij de tagging van financiële informatie is inmiddels de ervaring dat er nog wel wat uitdagingen zijn. Zo kwam bij een evaluatie naar voren dat er sprake was van incorrecte tagging, dat er verschillen waren ontstaan in de vertaling van de Engelse taxonomie waardoor er verschillen ontstonden in de tagging in verschillende talen, en werd de tagging door ondernemingen als complex ervaren.³⁴ Sommige van deze problemen zullen te zijner tijd opgelost kunnen worden, maar vanwege het narratieve karakter van de duurzaamheidsinformatie verwacht ik dat de complexiteit wellicht nog zwaarder tilt. Ook betekent een grotere beschikbaarheid van data niet per definitie een betere interpretatie van ESG-prestaties. Uit onderzoek is gebleken dat ESG-ratings die door verschillende ESG rating agencies werden toegekend aan dezelfde bedrijven verder uit elkaar liggen in de situatie dat er meer ESG-data beschikbaar zijn. De uitgebreidere beschikbaarheid van ESG-data leidt dus niet per definitie tot een consistente interpretatie daarvan.³⁵ De vraag is echter of dit komt door de ESG-data of door de manier van werken van deze ESG rating agencies. Ik kom daarmee uit op de tweede ontwikkeling.

De tweede ontwikkeling heeft betrekking op deze ESG rating agencies. In de afgelopen tijd hebben ESG rating agencies een centrale rol voor zichzelf gecreëerd in het ecosysteem van duurzaam en verantwoord investeren. Deze

bedrijven geven een oordeel over de ESG-inspanningen en -prestaties van ondernemingen door het afgeven van een rating. Hier ligt belangenverstrengeling op de loer en gebruikte methodologieën zijn ondoorzichtig of (te) gemakkelijk aanpasbaar. Uit het impactassessment van de Europese Commissie uitgevoerd in het kader van het voorstel voor een verordening ten aanzien van de transparantie en integriteit van ESG-ratingsactiviteiten ('Voorstel ESG-ratings')³⁶ blijkt dat de markt³⁷ van ESG-ratings een black box is.³⁸ Er is geen duidelijkheid over de karakteristieken van ESG-ratings, over de bijbehorende methodologieën en de gebruikte databronnen. Daarnaast is er geen duidelijkheid over de operatie van ESG rating agencies en de controle op deze bedrijven. Dit leidt tot de situatie waarin de markt van ESG-ratings niet goed functioneert, investeerders problemen ondervinden in het kader van de juistheid, betrouwbaarheid en tijdigheid van de ratings en de ondernemingen die worden beoordeeld niet zeker zijn over hoe accuraat de ratings ten aanzien van de eigenlijke presentaties zijn en op welke wijze deze prestaties kunnen worden verbeterd. Het vertrouwen in de ESG-ratings en in het verlengde daarvan financiële producten wordt daarmee ondermijnd.³⁹ Uit onderzoek blijkt dat de verhoging van een rating bijvoorbeeld veelal niet afhankelijk is van een structurele verandering door 'E'- en/of 'S'-verbeteringen.⁴⁰ De uitkomst van de rating is maar net afhankelijk van hoe de methodologie in de tussentijd wordt gewijzigd. Naast vergunnings- en registratieverplichtingen bevat het Voorstel ESG-ratings onder andere bepalingen die onafhankelijkheid bij het uitvoeren van ESG-ratings vereisen⁴¹ en het aannemen en implementeren van beleid en procedures gericht op het kunnen verzekeren van deze onafhankelijkheid verlangen. Daarnaast bevat het Voorstel ESG-ratings verplichtingen gericht op het uitvoeren van gedegen onderzoek en het gebruiken van gedegen methodologieën in het kader van de ratings, het instellen van een toezichtsfunctie, het instellen van adequate ac-

31 Op 26 juni 2023 heeft de International Sustainability Standards Boards de eerste twee IFRS® Sustainability Disclosure Standards, IFRS S1 General Requirements for Disclosure of Sustainability-related Financial Information en IFRS S2 Climate-related Disclosures, gepubliceerd: <https://www.ifrs.org/projects/completed-projects/2023/general-sustainability-related-disclosures/>.

32 <https://www.globalreporting.org/standards/>.

33 <https://dsd.xbrl.org>.

34 Zie de presentaties van Eduardo Moral-Prieto (senior policy officer bij ESMA) en Francesca Amatimaggio (Partner EY) tijdens het webinar on digital corporate reporting van AccountancyEurope; <https://www.youtube.com/watch?v=gC3opRIF2AM>.

35 D. Christensen, G. Serafeim & A. Sikochi (2022), 'Why is Corporate Virtue in the Eye of the Beholder? The Case of ESG Ratings', *Accounting Review* 97, no. 1 (januari 2022), p. 147-175; <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=59820>.

36 European Commission (2023), 'Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the transparency and integrity of Environmental, Social and Governance (ESG) rating activities', 2023/0177(COD) 13 juni 2023; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52023PC0314>.

37 Hoewel de sector gefragmenteerd is, domineert een aantal belangrijke spelers de markt: MSCI, ISS ESG, Sustainalytics, Refinitiv, FTSE Russell, Ecovadis, Bloomberg, S&P.

38 European Commission (2023), 'Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the transparency and integrity of Environmental, Social and Governance (ESG) rating activities', SWD(2023) 204 final, 13 juni 2023; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023SC0204> (hierna: 'Impactassessment ESG-ratings').

39 Impactassessment ESG-ratings, p. 9.

40 B. Tayan (2022), 'ESG Ratings: A compass without Direction', Harvard Law School Forum on Corporate Governance, 24 augustus 2022; <https://corpgov.law.harvard.edu/2022/08/24/esg-ratings-a-compass-without-direction/>.

41 Aanbieders van ESG-ratingsactiviteiten mogen niet tegelijkertijd: consultancydiensten verlenen aan investeerders of ondernemingen, creditratings uitgeven, benchmarks ontwikkelen en investerings-, bank-, (her)verzekerings- en auditactiviteiten uitvoeren: artikel 15 Voorstel ESG-ratings.

countingprocedures, interne controlemechanismen en effectieve controle en waarborgingsmechanismen voor informatieverwerkingssystemen, het instellen van een klachtenmechanisme en het bijhouden van een adequate administratie.⁴² Als we de AI-toepassingen die gebruikt worden voor de ESG-ratingsactiviteiten in het kader van het Voorstel AI-Act plaatsen, dan valt deze 'scoring' van bedrijven niet onder de categorie van 'sociale scoring', omdat het niet gaat om mensen maar om bedrijven, en als gevolg daarvan ook niet onder de HRAIS-categorieën. Toch kunnen deze ratingsactiviteiten indirect natuurlijk wel een grote impact hebben op mensen, indien bijvoorbeeld de (groene) investeringen naar de verkeerde ondernemingen gaan. Wel zullen de aanbieders van foundation-modellen die mogelijk als basis dienen voor de ESG-ratingsapplicaties onder de verplichtingen van de EP-tekst AI Act vallen. Het laat zien dat in aanvulling op de duurzaamheidswetgeving en de digitaliseringswetgeving ook nog extra wetgeving benodigd kan zijn om de doelstellingen van de twin transitions te kunnen behalen.

3. CSDDD en technologie

De belangrijkste verplichting voor ondernemingen in de voorgestelde CSDDD is de verplichting om passende zorgvuldigheid te betrachten. Deze passende zorgvuldigheid behelst het implementeren en uitvoeren van een due diligence-proces ('DDP') en vormt een inspanningsverplichting.⁴³ Het DDP dient de zes stappen te omvatten die zijn gedefinieerd in de OESO-richtsnoeren die zijn overgenomen in het Voorstel CSDDD.⁴⁴ Dit betreft (1) integratie van passende zorgvuldigheid in beleidsmaatregelen en managementsystemen; (2) de identificatie, de beoordeling en daar waar nodig de prioritering van negatieve effecten op mensenrechten en milieu; (3) de preventie, beëindiging of minimalisering van feitelijke en potentiële negatieve effecten op mensenrechten en milieueffecten; (4) beoordeling van de doeltreffendheid van maatregelen; (5) communicatie; en (6) het aanbieden van genoegdoening aan getroffen stakeholders. In de EP-tekst CSDDD is opgenomen dat het DDP betrekking heeft op negatieve effecten die de onderneming heeft veroorzaakt,⁴⁵ waartoe

de onderneming heeft bijgedragen⁴⁶ of waarmee de onderneming rechtstreeks in verband staat.⁴⁷ Dit betreft de activiteiten in de eigen operatie, van groepsmaatschappijen en alsook van de directe en indirecte zakenrelaties in de waardeketen.⁴⁸

3.1 Passende zorgvuldigheid en technologie

Het Voorstel CSDDD en de EP-tekst CSDDD komen in grote mate overeen met de inhoud van de OESO-richtlijnen. Op 8 juni 2023 (dus na het verschijnen van het Voorstel CSDDD en de EP-tekst CSDDD) zijn de nieuwe OESO-richtsnoeren gepubliceerd die de richtsnoeren uit 2011 vervangen. Opvallend is dat het hoofdstuk over technologie⁴⁹ in de nieuwste versie de verplichting voor ondernemingen bevat om ook in het kader van feitelijke en potentiële negatieve effecten gerelateerd aan technologie, risicogebaseerde passende zorgvuldigheid toe te passen.⁵⁰ In de nieuwe richtsnoeren is dit dus specifiek los van het hoofdstuk over passende zorgvuldigheid met betrekking tot mensenrechten en het klimaat en milieu opgenomen. In het Voorstel CSDDD en de daarop betrekking hebbende EP-tekst komt technologie niet zo prominent naar voren. Dat komt ook hier, net als bij de CSRD, waarschijnlijk doordat deze effecten onder de paraplu van de negatieve 'S'- en 'E'-effecten vallen. Wel is in de EP-tekst CSDDD een verplichting voor de Europese Commissie opgenomen om specifieke richtlij-

42 Artikel 14 Voorstel ESG-ratings.

43 Overweging 15 Voorstel CSDDD. In de Nederlandse vertaling van de EP-tekst CSDDD wordt dit aangeduid als een 'middelenverbintenis'.

44 Overweging 16 Voorstel CSDDD.

45 Artikel 3(1)(q ter) EP-tekst CSDDD: "een negatief effect veroorzaken": de activiteiten van een onderneming kunnen op zich volstaan om een negatief effect teweeg te brengen."

46 Artikel 3(1)(q quater) EP-tekst CSDDD: "bijdragen tot een negatief effect": de eigen activiteiten van een onderneming veroorzaken in combinatie met de activiteiten van andere entiteiten een effect of de activiteiten van de onderneming veroorzaken, faciliteren of stimuleren het veroorzaken van een negatief effect door een andere entiteit. De bijdrage moet substantieel zijn, hetgeen betekent dat kleine of triviale bijdragen hier niet onder vallen. Bij het beoordelen van de substantiële aard van de bijdrage en om te begrijpen wanneer de acties van de onderneming eventueel het veroorzaken van een negatief effect door een andere entiteit hebben veroorzaakt, gefaciliteerd of gestimuleerd, kunnen diverse factoren in aanmerking worden genomen. Er kan rekening worden gehouden met de volgende factoren: – de mate waarin een onderneming een negatief effect door een andere entiteit kan aanmoedigen of motiveren, d.w.z. de mate waarin de activiteit het risico heeft vergroot dat het effect zich voordoet; – de mate waarin een onderneming kennis had kunnen of moeten hebben van het negatieve effect of de mogelijkheid van een negatief effect, d.w.z. de mate van voorzienbaarheid; – de mate waarin een activiteit van de onderneming het negatieve effect daadwerkelijk heeft beperkt of het risico heeft verminderd dat het effect zich voordoet. Het louter bestaan van een zakelijke relatie of activiteiten die de algemene voorwaarden scheppen waarin negatieve effecten zich kunnen voordoen, vormt op zich geen bijdragerelatie. De activiteit in kwestie moet het risico van een negatief effect aanzienlijk vergroten."

47 Artikel 3(1)(q quinques) EP-tekst CSDDD: "rechtstreeks in verband staan met een negatief effect": er bestaat een relatie tussen het negatieve effect en de producten, diensten of activiteiten van de onderneming via een andere zakelijke relatie en waarbij de onderneming het effect niet heeft veroorzaakt noch daartoe heeft bijgedragen. Rechtstreeks in verband staan wordt niet gedefinieerd door een directe zakelijke relatie. Een rechtstreeks verband impliceert niet dat de verantwoordelijkheid van de zakelijke relatie die een negatief effect veroorzaakt, verschuift naar de onderneming waarmee zij een verband heeft." Zie ook artikel 6(1), 7(1a) en 8(2a) EP-tekst CSDDD.

48 Overweging 17 en artikel 1(1)(a) Voorstel CSDDD en EP-tekst CSDDD. Het voorstel en de EP-tekst wijken van elkaar af in de bewoording van artikel 1(1)(a).

49 Welke is gecombineerd met wetenschap en innovatie.

50 OECD (2023), 'OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct', hoofdstuk IX, paragraaf 1, nr. 112-115, p. 46 en 48; <https://www.oecd.org/publications/oecd-guidelines-for-multinational-enterprises-on-responsible-business-conduct-81f92357-en.htm>.

nen voor het DDP te ontwikkelen voor bepaalde sectoren die aangemerkt zijn als prioriteitsgebieden van internationale actie op het gebied van mensenrechten en klimaat en milieu.⁵¹ De productie, het aanbod en de distributie van informatie en communicatietechnologieën of gerelateerde diensten, inclusief software-oplossingen met inbegrip van kunstmatige intelligentie en ook dataopslag en -verwerking, zijn als een dergelijk prioriteitsgebied aangemerkt. Dit betekent dat technologie als zodanig wel wordt gezien als een aandachtsdomein in het kader van passende zorgvuldigheid, in ieder geval in de EP-tekst CSDDD. Van belang is dat ook in de EP-tekst voor de AI Act staat dat de Europese Commissie richtlijnen opstelt in het kader van de verplichtingen ten aanzien van risico-identificatie, -beoordeling en -mitigatie en de te nemen maatregelen bij HRAIS en foundationmodellen.⁵² Dit omvat dus een groot deel van het DDP-proces. Deze richtlijnen kunnen vervolgens via gedragscodes ook van toepassing zijn op niet-HRAIS. Indien deze verplichting voor de EC de eindstreep van beide trialogen haalt, is het van belang dat er goede afstemming bestaat tussen de richtlijnen die op basis van de CSDDD worden opgesteld en die op basis van de AI Act.

Verder kunnen volgens de EP-tekst CSDDD de reikwijdte en de aard van de passende zorgvuldigheid variëren naar gelang de grootte, de sector, de context en het risicoprofiel van de onderneming.⁵³ Maatregelen dienen proportioneel en evenredig te zijn tegen de achtergrond van de ernst en de waarschijnlijkheid van de negatieve impact en in verhouding te staan tot de grootte, de bronnen en de capaciteiten van het betreffende bedrijf.⁵⁴ Hierbij wordt rekening gehouden met de omstandigheden van het specifieke geval, waaronder de aard van de specifieke activiteiten, producten en diensten van de onderneming, de specifieke zakelijke relatie en de invloed van de onderneming daarop, en de noodzaak om te zorgen voor prioritering van actie.⁵⁵ Onder het Voorstel AI Act is de insteek anders. Factoren als het risicoprofiel en de grootte van de onderneming zijn niet bepalend voor de vraag wat passende risicobeheersingsmaatregelen zijn. Deze zijn gerelateerd aan het specifieke AI-systeem en niet aan het soort onderneming dat kwalificeert als de aanbieder of de gebruiker van het AI-systeem. Ook zijn er verschillen in het soort plannen dat moet worden opgesteld onder de CSDDD en de AI Act. In het kader van de preventieve maatregelen zal een onderneming op grond van het Voorstel CSDDD onder omstandigheden (bepalend zijn de aard en de complexiteit van de te nemen maatregelen) gehouden zijn een 'preven-

tief actieplan' op te stellen en uit te voeren.⁵⁶ Het plan dient redelijke en duidelijk omschreven tijdschema's voor maatregelen te bevatten en daarnaast kwalitatieve en kwantitatieve indicatoren voor het meten van verbeteringen. Het gaat hier om een plan met betrekking tot het voorkomen en beperken van potentiële negatieve effecten. Bovendien zal de onderneming, indien negatieve effecten niet onmiddellijk kunnen worden beëindigd, een 'corrigerend actieplan' moeten opstellen. Ook hier met tijdschema's en indicatoren. Dit betekent dat de onderneming een plan moet opstellen om het negatieve effect te neutraliseren (bijvoorbeeld door het betalen van schadevergoeding) en zoveel als mogelijk te beperken.⁵⁷ In het Voorstel AI Act en de EP-tekst AI Act bestaat er niet de verplichting tot het opstellen van dergelijke plannen voor aanbieders van HRAIS, maar zij dienen wel maatregelen te nemen die gericht zijn op dezelfde doelstelling. Wel bestaat er een verplichting tot het opstellen van een 'post-monitoringsplan' waarbij data worden verzameld nadat het systeem op de markt is geplaatst. Deze data dienen geanalyseerd te worden en geschikte maatregelen dienen eventueel genomen te worden.⁵⁸ Voor aanbieders van foundationmodellen richten de verplichtingen zich op de fase van ontwerp en ontwikkeling en bestaat er bijvoorbeeld niet een verplichting tot post-monitoring. De gebruiker van een HRAIS dient een mitigatieplan op te stellen, anders mag het HRAIS niet in gebruik worden genomen.⁵⁹

3.2 Verdeling van de verantwoordelijkheden in de keten

In de EP-tekst CSDDD is opgenomen dat het DDP betrekking heeft op negatieve effecten die de onderneming heeft veroorzaakt, waartoe de onderneming heeft bijgedragen of waarmee de onderneming rechtstreeks in verband staat.⁶⁰ Dit betreft, zoals gezegd, de activiteiten in de eigen operatie, van groepsmaatschappijen alsook van de directe en indirecte zakenrelaties in de waardeketen. Deze drie vormen van 'betrokkenheid' verlangen andersoortige maatregelen.⁶¹ In gevallen waarin een onderneming een effect heeft veroorzaakt of kan hebben veroorzaakt, worden onder passende maatregelen verstaan maatregelen die tot doel hebben een effect te voorkomen of te beperken en door een effect veroorzaakte schade te herstellen. In de situatie

51 Overweging 22 EP-tekst CSDDD.

52 Artikel 8 t/m 15 en 28 t/m 28b EP-tekst AI Act.

53 In de Engelse versie van de EP-tekst CSDDD staat dit in overweging 6a EP-tekst CSDDD. In de Nederlandse versie van de EP-tekst CSDDD staat dit in overweging 6bis.

54 Overweging 15 en artikel 3(1)(q) EP-tekst CSDDD.

55 Artikel 3(1)(q) EP-tekst CSDDD. De mate van invloed van een onderneming op een wederpartij is echter niet bepalend voor de prioritering van de negatieve impact: overweging 30b EP-tekst CSDDD.

56 Artikel 7(2)(a) Voorstel CSDDD en EP-tekst CSDDD.

57 Artikel 8(b) Voorstel CSDDD en EP-tekst CSDDD.

58 Artikel 61 Voorstel AI Act.

59 Artikel 29a(2) EP-tekst.

60 Over het rechtstreeks in verband staan wordt het volgende in de EP-tekst gesteld: 'Tot slot kan een onderneming rechtstreeks in verband worden gebracht met een negatief effect wanneer er een relatie bestaat tussen het negatieve effect en de activiteiten, producten of diensten van de onderneming via een andere zakelijke relatie en waarbij de onderneming het effect niet heeft veroorzaakt noch daartoe heeft bijgedragen. Rechtstreeks in verband staan wordt niet gedefinieerd door een directe zakelijke relatie. Een rechtstreeks verband mag ook niet impliceren dat de verantwoordelijkheid van de zakelijke relatie die een negatief effect veroorzaakt, verschuift naar de onderneming waarmee zij een verband heeft.' Overweging 28quater EP-tekst CSDDD.

61 Overweging 29 EP-tekst CSDDD.

dat een onderneming aan een effect heeft bijgedragen of kan hebben bijgedragen, betekent dit het nemen van maatregelen die tot doel hebben de bijdrage aan het effect te voorkomen of te beperken alsook het gebruikmaken van de hefboomwerking die de onderneming zou kunnen uitoefenen op de andere betrokken partijen of het vergroten van deze werking. Daarnaast kunnen deze maatregelen inhouden dat de onderneming bijdraagt aan het herstel van door een effect veroorzaakte schade, in de mate van de bijdrage daaraan. In gevallen waarin de activiteiten, producten of diensten van een onderneming rechtstreeks aan een effect zijn gekoppeld of kunnen zijn gekoppeld door de relaties van die onderneming met andere entiteiten, kunnen onder passende maatregelen worden verstaan maatregelen die tot doel hebben de hefboomwerking die de onderneming zou kunnen uitoefenen op verantwoordelijke partijen om het effect te voorkomen of te beperken in te zetten of te vergroten, en te overwegen die hefboomwerking aan te wenden om het herstel van door een effect veroorzaakte schade mogelijk te maken.

In een AI-waardeketen waarbij er bijvoorbeeld talrijke applicaties op een foundationmodel worden gebouwd (en applicaties op die applicaties) in verschillende domeinen en met een grote variëteit aan gebruikers (*downstream*) en er tevens gebruik wordt gemaakt van veel verschillende partijen bij het ontwerp en de ontwikkeling (*upstream*), kan deze zorgplicht mogelijk wel tot enige hoofdbrekens leiden. Hier is meer aandacht voor in de EP-tekst AI Act dan in het Voorstel AI Act, omdat een specifiek artikel is opgenomen dat gaat over verantwoordelijkheden in de keten van HRAIS waarin ook derde partijen aan de upstream-kant zijn opgenomen. Onderscheid kan worden gemaakt tussen verplichtingen om iets in het contract tussen ketenpartijen op te nemen (hierbij gaat het specifiek om de relatie tussen aanbieders en upstream-marktpartijen die bijdragen aan het ontwerp of de ontwikkeling) en daarnaast verplichtingen op grond van de AI Act voor aanbieders en gebruikers van HRAIS waardoor vanwege deze wetgeving al een bepaalde zorgvuldigheid in de keten in acht moet worden genomen. Voor de eerste categorie heeft de EP-tekst ook een bepaling opgenomen om het probleem van mogelijke machtsverschillen bij het contracteren op te vangen.⁶² Verplichtingen die samenhangen met de keten bij HRAIS tussen aanbieders en gebruikers zijn enerzijds het verschaffen van (technische) informatie, toegang en training aan gebruikers (van aanbieder aan gebruiker) en het door de aanbieder in acht nemen van de technische kennis, ervaring en opleiding van de gebruiker bij het elimineren of reduceren van risico's, en anderzijds dat de gebruiker het AI-systeem dient te gebruiken in lijn met de instructies, daarvoor de nodige technische en organisatorische maatregelen dient te nemen en de aanbieder dient te informeren in het kader van de monitoring en

mogelijke incidenten.⁶³ Voor aanbieders van foundationmodellen zijn de verplichtingen om risico's te voorkomen en te mitigeren met name gericht op de ontwerp- en ontwikkelfase en strekken zij zich niet uit tot de periode daarna.⁶⁴ Voor deze aanbieders gelden geen verplichtingen op grond van de AI Act in het kader van contracteren met downstream-partijen. Door de CSDDD zullen de aanbieders van foundationmodellen echter naar waarschijnlijkheid hun hefboomwerking mogelijk willen vergroten. De vraag die dan echter rijst, is of Big Tech (de marktpartijen die met name in staat zijn om deze foundationmodellen te ontwikkelen) niet straks bepaalt wat de gepaste zorgvuldigheid in de keten betekent en of een dergelijke dynamiek wenselijk wordt geacht. Ten slotte zijn de voornoemde verplichtingen ook niet van toepassing op de keten van niet-HRAIS. Passende zorgvuldigheid zal daarom in deze ketens meer van de verschillende partijen verlangen en wellicht kunnen bijdragen aan de nu ontbrekende verplichtingen onder de voorgestelde AI Act. Hierbij is van belang dat de EP-tekst CSDDD duidelijk maakt dat de maatregelen die genomen moeten worden in het kader van de keten afhankelijk zijn van de specifieke kenmerken van de waardeketen en de sector alsook van het soort onderneming.⁶⁵

3.3 Stakeholderengagement

Daar waar stakeholderengagement in de EP-tekst CSDDD een onderdeel is van het gehele DDP⁶⁶ en er veel aandacht wordt besteed aan de wijze waarop een onderneming invulling kan geven hieraan, lijkt het stakeholderengagement in het Voorstel AI Act en toch ook in de EP-tekst van de AI Act een ondergeschoven kindje. In de EP-tekst CSDDD is opgenomen dat getroffen stakeholders worden betrokken bij het DDP in het kader van de identificatie en beoordeling van negatieve impact,⁶⁷ dat zij alomvattende, gerichte en relevante informatie ontvangen over de feitelijke en potentiële negatieve effecten op het milieu, de mensenrechten en goed bestuur en daarnaast om aanvullende schriftelijke informatie kunnen verzoeken. Het moet gaan om betekenisvolle betrokkenheid.⁶⁸ Verder kunnen getroffen stakeholders gebruik maken van een kennisgevings- en buitengerechtelijk grievenmechanismen die ingesteld dienen te worden.⁶⁹

In de verplichtingen voor aanbieders van HRAIS in de EP-tekst AI Act is in het kader van het risicomanagement opgenomen dat stakeholders worden betrokken bij de eliminatie of reductie van geïdentificeerde risico's, maar niet bij de andere stappen van risicomanagement. Zo zou het

62 Artikel 28a EP-tekst CSDDD.

63 Artikel 29(4) EP-tekst AI Act jo. artikel 61(2) Voorstel AI Act en EP-tekst AI Act.

64 Overweging 18bis EP-tekst CSDDD.

65 Overweging 15 EP-tekst CSDDD.

66 Overweging 27, artikel 4(1)(f bis), artikel 6(4) en artikel 8 quinquies en 8(d)(4) EP-tekst CSDDD.

67 Artikel 4(1)(f bis), artikel 6(4) en artikel 8 quinquies en 8(d)(4) EP-tekst CSDDD.

68 Artikel 8(d) EP-tekst CSDDD.

69 Overweging 27 en 42 en artikel 4(1)(d) en 9 EP-tekst CSDDD.

te verwachten zijn dat stakeholders ook betrokken zouden moeten worden bij de identificatie en de beoordeling van risico's. Die verplichting is er echter niet. Bij het impactassessment dat gebruikers op grond van de EP-tekst AI Act dienen uit te voeren, is de betrokkenheid van stakeholders wel gericht op het volledige impactassessment.⁷⁰ Echter, dit geldt alleen *'to the best extent possible'*. Dat is een rekbaar begrip, maar aan de andere kant niet onbegrijpelijk. Tegelijkertijd heeft de EP-tekst de betrokkenheid van stakeholders bij het ontwerp en de ontwikkeling van AI-systemen die in het Voorstel AI Act was opgenomen in artikel 69, uit het artikel gehaald. Waarom dit is gebeurd, is niet duidelijk. Ook wordt er in de EP-tekst mondigesmaat genoemd dat getroffen stakeholders voldoende mogelijkheden tot verhaal en het indienen van klachten geboden moeten worden.⁷¹ Voor de gebruiker van een HRAIS is er in het kader hiervan een wat onduidelijke verplichting opgenomen. Voor niet-HRAIS is stakeholderengagement volledig afhankelijk van de vraag of de aanbieder of gebruiker daarvoor kiest. Deze dus wat magere invulling van stakeholderengagement bij de voorgestelde AI-wetgeving wordt door het Voorstel CSDDD en de EP-tekst CSDDD wel enigszins gecompenseerd. De toepassingsreikwijdte is echter verschillend waardoor sommige ondernemingen zowel niet onder de CSDDD als niet onder de AI Act (of volledig) verplicht worden tot een betekenisvol stakeholderengagement. Het zou derhalve goed zijn indien stakeholderengagement in de finale versie van de AI Act een centralere rol zou krijgen.

4. Reflectie

Duurzaamheidswet- en regelgeving is gericht op het transparanter maken van de impact van ondernemingen en de bijbehorende waardeketen op de mens en onze planeet. De idee daarachter is dat door deze openheid niet-duurzame actoren en activiteiten door marktwerking zullen worden uitgefaseerd. Door de voorgestelde CSDDD, in combinatie met de CSRD, worden ondernemingen en de bestuurders daarnaast gedwongen actie te ondernemen en met (getroffen) stakeholders in gesprek te gaan. Veel van de benodigde ESG-data zijn echter momenteel niet of slechts gedeeltelijk beschikbaar en bij de CSRD ontbreekt het vooralsnog aan echt bruikbare ondersteunende richtsnoeren om bijvoorbeeld het noodzakelijke materialiteitsassessment uit te voeren. Toch zullen ondernemingen aan de bak moeten. Het is aan de CSRD-ondernemingen zelf de ESG-data te verzamelen en deze tegen de achtergrond van dubbele materialiteit te beoordelen. Technologie kan hierbij behulpzaam zijn. Ook kan het digitaal markeren van de ESG-data op basis van XBRL zorgen voor een toegankelijke schat aan informatie. Een helder kader voor partijen die de ESG-data (digitaal) verwerken, bijvoorbeeld in het kader van duurzaam investeren, voorkomt

een Wilde Westen van ESG-ratings en het verlies van vertrouwen in de markt. Duurzaamheidswetgeving kan tegelijkertijd werken als een versneller voor verantwoordelijke ontwikkeling van technologie. Hier zou in die wetgeving meer aandacht voor mogen zijn. Ook Europese wetgevingsinitiatieven op het gebied van kunstmatige intelligentie proberen mogelijke ongewenste externaliteiten van het gebruik van deze technologie te voorkomen of te mitigeren. Beginpunt is begrip hebben van de betekenis van technologie in ons leven. Hoe is de impact van kunstmatige intelligentie straks daarin verweven en hoe willen wij dat technologie een onderdeel van ons leven vormt? Dit heeft betrekking op de verschillende niveaus van effecten die ik in Deel I heb besproken: de uitwerking van technologie op individueel niveau, op groepsniveau alsook op systemisch niveau. De vraag rijst of de wetgevingsinitiatieven daar wel voldoende aandacht aan besteden. De focus is erg gericht op de impact op individuele personen en niet op de niveaus daarboven. De uitdaging is dat de globalisering ertoe leidt dat de bal steeds meer ligt bij (Amerikaanse) ondernemingen waar Europa maar moeizaam grip op heeft.

Het is goed dat bij de voorgestelde AI-wetgeving steeds meer het brede spectrum van ESG-impact in het vizier komt, maar de systematiek op dit gebied is twijfelachtig. Tegelijkertijd biedt de verlangde communicatie over targets en transitieplannen in combinatie met de toegenomen verantwoording door bedrijven over hun ESG-prestaties, uitgebreide ammunisie voor belangenpartijen in de opkomende trend van ESG-litigation. Deze spagaat kan bij bestuurders tot zorgen leiden, nu in de media zelfs wordt opgeroepen tot strafrechtelijke vervolging van bestuurders van bedrijven met grote impact op mens en/of milieu.⁷² Morele (persoonlijke) dilemma's kunnen daarbij ontstaan, waarbij niet op voorhand het juiste antwoord kan worden gevonden en ook niet helemaal duidelijk is wat de gevolgen hiervan zijn.⁷³ De vraag rijst of deze ontwikkeling leidt tot realisatie van wat de maatschappij in het kader van de transitie tracht te bereiken. En wat betekent dit in het digitale decennium voor besluitvorming? Leidt de wetgeving tot betekenisvolle stakeholderdialogen of zorgt technologie (en de toenemende kosten die gepaard gaan met de uitgebreide rapportageverplichtingen) ervoor dat die interactie straks niet meer hoeft plaats te vinden omdat met sentiment- en standpuntanalyse uitgevoerd door applicaties gebouwd op (Amerikaanse) LLM's, de belangen en perspectieven van deze stakeholders voldoende geïdentificeerd kunnen worden? Of wordt een dergelijke ontwikkeling tegengehouden of zeer moeilijk gemaakt

⁷⁰ Artikel 29a(4) EP-tekst AI Act.

⁷¹ Overweging 58a en 84a EP-tekst AI Act.

⁷² *Het Financieel Dagblad* (2023), 'Topadvocaat Ficq: 'De CEO van Tata Steel moet de gevangenis in'', 9 juni 2023; <https://fd.nl/samenleving/1478339/topadvocaat-ficq-de-ceo-van-tata-steel-moet-de-gevangenis-in>.

⁷³ Zie voor morele dilemma's in de bestuurskamer: M. Lückers-Rovers (2023), 'Morele dilemma's in de Boardroom', Haarlem: Mediawerf Uitgevers.

door de AVG? Wat houdt betekenisvol interacteren in een digitaal tijdperk straks in? Zal de tendens ontstaan dat besluitvorming juist niet gebaseerd wordt op het echte gesprek tussen bestuurders en toezichthouders nu makkelijker kwantificeerbare ESG-impact zoals CO₂-emissies of mate van vervuiling de boventoon gaat voeren. Instrumenten zoals het Social & Human Capital Protocol, de Standardized Natural Capital Management Accounting-methodologie in combinatie met het Natural Capital Protocol⁷⁴ zullen ondernemingen ondersteunen bij het inzichtelijk en kwantificeerbaar maken van hun brede impact. Maar bij te veel vertrouwen op de ESG-cijfers en technologie (*automation bias*) kan ook hier de formele rationaliteit gaan overheersen. Daarom is het essentieel in het nadenken over technologie en ESG het echte menselijke aspect niet uit het oog te verliezen.

⁷⁴ Zie hiervoor: <https://capitalscoalition.org/capitals-approach/>.